

RULE OF LAW E PERFORMANCE DEMOCRÁTICA EM PERSPECTIVA**RULE OF LAW AND DEMOCRATIC PERFORMANCE IN PERSPECTIVE****Cletiane Medeiros Araújo¹****Saulo Felipe Costa²**

Universidade Federal de Pernambuco

Departamento de Ciência Política

Programa de Pós-Graduação em Ciência Política

Recife - Pernambuco - Brasil

Ítalo Fittipaldi³

Universidade Federal da Paraíba

Departamento de Ciência Política

João Pessoa - Paraíba - Brasil

Resumo: O debate sobre constitucionalismo vem ocorrendo por meio da compreensão sobre em quais condições as escolhas institucionais delimitam o *design* constitucional adotado por um determinado país. A instituição da Constituição nacional ocupa papel central nesta discussão, tendo em vista que esta é a lei feita para durar, funcionando como mecanismo de *checks and balances*. O presente artigo aborda esta temática por meio de um *review* teórico da literatura, promovendo um debate entre a judicialização da política e a teoria democrática contemporânea.

Palavras-Chave: *Checks and Balances*. Judicialização da política. *Performance* democrática.

Abstract: The debate on constitutionalism is occurring through the understanding of in what conditions the institutional choices delimit the constitutional design adopted by a particular country. The institution of the national Constitution plays a central role in this discussion, given that this is the law made to last, functioning as a mechanism of checks and balances. This article discusses this theme through a theoretical review of the literature, promoting debate between the legalization of politics and contemporary democratic theory.

Key-Words: Checks and Balances. Judicialisation of politics. Democratic performance.

Recebido: 01/08/2016

Aprovado: 07/09/2016

Considerações iniciais

A questão do *design* constitucional adotado pelos distintos Estados Modernos tem sido um dos importantes debates da agenda de pesquisa em Relações Internacionais, particularmente na linha de estudos sobre política comparada. Do ponto de vista das implicações das escolhas constitucionais, foram observados pela literatura corrente vários fatores que contribuíram para a emergência desse debate, sobretudo ao longo do processo de transição democrática na América Latina e na Europa. Nesse sentido, uma ampla gama de questionamentos emerge dessa agenda de pesquisa como forma de problematizar questões essenciais à compreensão da fina relação entre *design* constitucional e

¹ cletiane.araujo@hotmail.com² sf3lip3@hotmail.com³ italo.fittipaldi@yahoo.com.br

qualidade da democracia, como que tipo de problema uma Constituição resolve? Como pensar Instituições e democracia à luz da mudança constitucional? Ou ainda, quais as implicações de um judiciário independente?

Neste artigo, serão discutidos alguns argumentos dessa literatura. Na primeira seção serão realizadas algumas considerações quanto à definição e às prescrições (função e forma) constitucionais. Na segunda seção, o objeto analítico será como pensar a longevidade constitucional e suas implicações. Na terceira seção, será discutido o conceito de *Rule of law* e performance democrática *vis-à-vis* à ascensão do Judiciário no processo decisório. E finalmente, na quarta e última seção serão feitas algumas considerações gerais sobre a literatura corrente.

1. O que é, e para que serve uma Constituição?

Do ponto de vista conceitual, a Constituição é compreendida como “lei maior” que, por sua vez, define e estrutura o *modus operandi* do conjunto de leis de um país – instituições sociais. Todavia, a literatura corrente assinala uma série de considerações que devem ser apontadas a respeito da crescente relevância teórica acerca dos estudos de processos constitucionais no campo da política comparada (MELO, 1998; COUTO, 2005).

Nesse limite teórico, as constituições surgiram como um conjunto de regras e definições que possui status de lei maior de uma dada nação. Segundo Melo (1998, p.57) as constituições consistem em a) um conjunto de definições e prescrições relativas aos direitos dos cidadãos; b) um conjunto de definições e prescrições quanto à forma de organização e funcionamento dos poderes; e c) um conjunto de regras especificando como as disposições constitucionais podem vir a ser modificadas ou emendadas.

Hardin (1989) faz um diálogo através do ferramental da teoria dos jogos entre os conceitos de contrato e constituição. O autor argumenta que os dois conceitos dizem respeito a instituições com características diferentes, e que por isto atendem a necessidades distintas. Enquanto o estabelecimento de um contrato social seria suficiente para a saída do estado de natureza, a formação de uma constituição não poderia se dar pelo mesmo mecanismo de contrato, uma vez que contratos regulam mecanismo de interação mais imediato, ao passo que Constituições regulam interações de longo prazo; uma Constituição adotada por um determinado país é resultado de um processo de negociação e coordenação.

Para tanto, o autor destaca genericamente que pelos menos em três aspectos ambos se contrastam, são eles: Primeiro, as estruturas estratégicas dos contratos buscam resolver o dilema do prisioneiro, enquanto as da Constituição balizam relações de coordenação. Segundo o autor, tais estratégias podem ser de três tipos: *i*) quando as ordenações das preferências sobre os resultados são estritamente opostas expressa um tipo de “conflito puro”; *ii*) quando as ordenações das preferências

sobre os resultados são idênticas, trata-se de uma interação de “pura coordenação”; e *iii*) quando todas as outras interações envolvem uma mistura de ambos – conflitos e coordenação –, apresentam-se resultados de oposição e compatibilidade. No tocante às interações mistas, o dilema do prisioneiro é o fenômeno mais estudado haja vista que tal estrutura representa uma interação de troca e *per se* envolve tanto conflitos de interesses quanto de coordenação. Nesse sentido, é necessária a criação de incentivos e de restrições como forma de orientação à cooperação por parte dos jogadores. Além disso, o autor ressalta que em uma época de criação ou revisão constitucional, pode-se geralmente encontrar conflitos de interesse genuíno sobre a forma de algumas das disposições constitucionais. Por exemplo, Hamilton opôs-se à constituição dos EUA que não prevê prisão perpétua para os senadores e para o chefe do Executivo.

Segundo, a Constituição para ser eficaz não requer consentimento generalizado, diferentemente do contrato. Nesse sentido, daí denotam os papéis essenciais de coordenação e cooperação destituindo a idéia meramente de acordar pontualmente sobre determinadas situações. O contrato, por sua vez, utiliza-se de uma estrutura de incentivos que operam no sentido de justificar esforços a curto prazo, *i.é.*, as intenções dos contratantes são fundamentais na delimitação das sanções por descumprimento contratual, ademais os contratos não são capazes de resolver problemas constitucionais.

O terceiro ponto divergente diz respeito às fontes de reforço que operam em ambos os arranjos. As fontes do contrato são entendidas a partir de sanções externas e por seu turno; o estabelecimento de uma Constituição trata-se de uma ação coordenada *entre* e *para* os indivíduos (incentivos internos) com o objetivo de ampliar o período de retorno proporcionado pelos benefícios coletivos de uma “lei maior”. Assim, por não ser um contrato, a Constituição para ser eficiente não necessita de sanções externas ou acordos autoimpostos, uma vez que o estabelecimento da mesma expressa uma ação de coordenação que cria uma convenção, a qual se mantém por meio de incentivos autogerados e expectativas que assumem em relação ao futuro.

Destarte, Hardin (1989) conclui que a introdução de uma Constituição escrita teve como objetivo formalizar o estabelecimento de normas convencionais e assim tentar minimizar os custos decorrentes da multicausalidade das “não-decisão” na vida social, por intermédio da construção de regras eficientes alargando o horizonte temporal do cálculo político, uma vez que o papel da previsibilidade é central nesse arranjo institucional.

Seguindo esse debate, Elkins et al. (2009) buscam conceituar a Constituição baseados em dois aspectos essenciais, são eles: função e forma. No tocante à função, a mesma é essencial ao funcionamento da democracia, haja vista que sem o comprometimento a uma “lei maior” o Estado pode ficar a *mercê* do humor dos que estão no poder. Nesse sentido, como bem destaca Melo (1998), o constitucionalismo se define fundamentalmente como restrições e limites à regra

majoritária. Uma segunda função que define a Constituição é o seu papel simbólico como definidor da nação e de seus objetivos. E por fim, definições de padrões de autoridade e configuração de instituições governamentais. Quanto à forma da Constituição, é compreendida pela sua forma escrita formal, porém o que não anula a existência de outras formas presentes na *constitutional order*, a saber: outros textos (Caracterizados como documentos não constitucionais, *e.g.* leis orgânicas e atos institucionais rígidos) e instrumentos não escritos (Caracterizados como convenções constitucionais e regras constitucionais não escritas).

Destarte, os autores destacam na Figura 1 alguns desafios analíticos para o estudo transnacional das Constituições escritas, do ponto de vista conceitual e empírico.

Figura 1 – Desafios analíticos para o estudo transnacional das Constituições escritas

Limites	Razões
i) Problema do alongamento conceitual e comparável	<ul style="list-style-type: none"> • Heterogeneidade demasiada na amostra; • Complexidade contextual;
ii) Identificando Constituições	<ul style="list-style-type: none"> • Constituição não é somente “lei maior”, é a Maior Lei do conjunto de leis de um país; • Preceitos explícitos que estabelecem os documentos como a maior das Leis; • Define os padrões básicos de autoridade pelo estabelecimento ou suspensão de órgãos dos poderes Executivo ou Legislativo.

Fonte: Elaboração dos autores

2. A Constituição como uma instituição duradoura

A variável tempo é uma questão central para as constituições, se estas são feitas para fornecer um horizonte de estabilidade e possibilitar o planejamento de estratégias a longo prazo por meio da manutenção da estrutura política. Uma pergunta é quanto tempo duram as constituições? Nesse limite, o *design* constitucional opera em boa medida de acordo com o grau de longevidade da

Constituição, tendo como base três elementos importantes, a saber: inclusão, flexibilização e especificação.

Buscando responder a esta pergunta, Elkins et al. (2009) vasculharão a dinâmica da mudança constitucional. Segundo estes autores, a “Teoria da Revisão Constitucional” (*Theory of Constitutional Renegotiation*) enfoca a importância de níveis elevados de tais elementos como “facilitadores” da longevidade constitucional. Os elementos de incerteza e informações incompletas interferem potencialmente na renegociação da barganha constitucional. Nesse sentido, ao escolher determinadas regras do jogo (instituições) com vistas à eficiência da política constitucional (soluções de problemas de coordenação e cooperação), os indivíduos buscarão minimizar os custos de transação no momento da “hora da razão” constitucional, como ressalta Melo (1998):

Os autores identificam três tipos de custos associados ao cálculo constitucional do indivíduo. *Custos externos* são os custos que os indivíduos esperam incorrer como resultado da ação de outros indivíduos e sobre os quais não têm controle. *Custos de decisão* são os custos que os indivíduos esperam incorrer devido à sua participação no processo decisório. A soma desses dois custos representa o que os autores denominam *custos de interdependência*. Nas atividades puramente privadas, tais custos são zero, e um indivíduo racional busca minimizá-los, reduzindo o escopo da ação coletiva em uma coletividade. Quanto maior o número de indivíduos necessários para a ação coletiva, menores serão os custos externos em que eles esperam incorrer. [...] No momento de escolha constitucional os indivíduos racionais buscarão minimizar o valor presente dos custos que esperam incorrer. (MELO, 1998, p. 68-9)

Destarte, Elkins et al. (2009) enfatizam a importância dos três elementos facilitadores que se reforçam reciprocamente com fins à manutenção da “vida constitucional”. A inclusão é importante devido ao seu caráter participativo, uma vez que os cidadãos se identifiquem como defensores da barganha constitucional em face de situações de negociação. Quanto à flexibilidade do documento constitucional, coalizões menores podem ser capazes de incorrer em mudanças; por outro lado, quando o documento constitucional é essencialmente rígido dificilmente será permitida a inclusão de novas forças sociais que, por sua vez, atuarão reajustando a barganha constitucional à contextualização corrente.

No tocante à especificidade constitucional, ela é relevante na medida em que o nível de detalhamento dos temas que a Constituição abrange age como facilitador da sua própria aplicabilidade. Sem especificidade, não haveria preocupação com a manutenção substantiva do conteúdo constitucional por parte de seus executores. Em suma, de acordo com os autores, as Constituições tendem a ter maior longevidade quando são inclusivas (capazes de criar incentivos à participação de forças sociais ao longo do processo constitucional), flexíveis (adaptáveis) e detalhadas. Acredita-se que quanto mais “completa” e detalhada uma Constituição, menores serão os efeitos das informações incompletas, assim como será maior a probabilidade da *constitutional life*.

Elkins et al. (2009), ao analisarem as implicações empíricas da teoria, identificaram os fatores observáveis que podem gerar riscos para a *constitutional life*, a saber: *i) design* da Constituição – o grau de inclusividade, flexibilização de emendas e especificidade do documento constitucional; e *ii) Condições ambientais* em que está inserida uma Constituição – mudança territorial, difusão constitucional, mudança de regime, transição de lideranças, conflitos interestaduais e consenso e crises econômicas.

De acordo com os achados empíricos, os autores concluem que alguns indicadores foram determinantes à longevidade constitucional, dentre eles foi observado que os fatores ambientais desempenham um papel importante nesse limite analítico, e principalmente as características do *design* constitucional, ou seja, o processo de inclusão de emendas, a especificidade da Constituição e um nível de inclusão de forças sociais parecem ter um impacto relevante no tocante à resistência constitucional. Assim, os autores concluem afirmando que um ótimo *design* pode minimizar a “taxa de mortalidade” das Constituições.

Segundo os autores, o argumento da longevidade constitucional tende a gerar maior estabilidade econômica e política. Foi analisado um conjunto de países (regimes democráticos e autoritários) cuja média de longevidade constitucional é de 19 anos, de 1789 a 2005. Em relação ao desenvolvimento institucional, os autores ressaltam que as Constituições escritas acabam não especificando todos os detalhes de suas instituições. Mesmo que elas o fizessem, parece claro que apenas estipulam a forma de organização e as relações entre as instituições governamentais, mas não garantem a sua aplicabilidade.

Desse modo, torna-se necessário haver certo grau de habituação antes que as instituições tomem forma. Devido a esses processos levarem tempo, os autores assinalam a necessidade de a Constituição possuir a qualidade de ser organicamente relacionada com os sistemas constitucionais nos quais está inserida. Ademais, a literatura corrente destaca o papel da Constituição como símbolo nacional, uma vez que a mesma pode incutir nos cidadãos um sentimento de identificação compartilhada. Os autores ressaltam, por exemplo, que essa função é central para a visão da Constituição Americana, pois esta representa a soberania do Estado. Ademais, este é um elemento importante para as democracias em Estados multiétnicos, haja vista que a durabilidade da Constituição pode potencialmente basilar a unidade nacional.

Contudo, Elkins et al. (2009) concluem que ao longo da trajetória da longevidade constitucional dos países analisados, sobretudo os latino-americanos, notou-se que tal processo resultou em modernização institucional no período pós II Guerra Mundial. Nesse sentido, o elemento de longevidade constitucional pode ser visto como saldo positivo para as jovens democracias, uma vez que permite o crescimento (amadurecimento) das instituições governamentais. Assim como constrói uma forte identificação compartilhada entre os cidadãos –

unidade cívica. Outro ponto importante diz respeito à própria dinâmica em torno da longevidade constitucional, já que ao longo desse processo o *design* institucional vai se adaptando às necessidades correntes. Constituições duradouras permitem maior prosperidade econômica e estabilidade democrática. Porém, vale ressaltar que embora seja positiva a longevidade constitucional do ponto de vista discutido anteriormente, os autores afirmam que algumas Constituições devam ser sacrificadas. Em suma, muitos fatores problematizam esse debate teórico em torno da longevidade constitucional, dentre eles, destacam-se dois essenciais, são eles: ajuste na Constituição e sociedade *vis à vis* processo de mudança.

3. Fortalecimento judicial *em perspectiva*

A expansão do poder Judiciário nas distintas arenas políticas (processos decisórios) é um fenômeno tipicamente relacionado à questão da separação de poderes, uma vez que a ampliação do controle jurisdicional frente às outras esferas políticas expressa a criação de novos *checks and balances* (um dos pontos centrais sobre análise de desenho constitucional *vis-à-vis* regimes democráticos), e consequentemente, redefinições nas regras do jogo. Este tema vem propiciando uma crescente agenda de pesquisa cada vez mais ampliada acerca das condições políticas sob as quais a judicialização foi introduzida nos processos decisórios e suas implicações para o Estado de direito (SKAANING, 2010; BAIRD & JAVELINE, 2010; BIGLAISER & STAATS, 2010).

Hirschl (2008), ao analisar a ascensão dos Tribunais políticos em vários países, observou que nos últimos anos a judicialização da política expandiu-se para além das questões de direitos ou de cooperação transnacional, abrangendo questões de maior relevância política – “judicialization of Mega-Politics” (Mega-Política) – que muitas vezes definem a própria natureza do corpo político e a construção da nação. Ao voltar-se para a literatura corrente, o autor assinala algumas considerações sobre a visão de judicialização da política como fenômeno sociopolítico (alguns trabalhos destacados pelo autor foram agrupados em quatro abordagens, a saber: i) funcionalista, ii) *rights-centered*; iii) institucionalista e por fim, iv) *court-centere*), afirmando que nenhuma das abordagens leva em consideração os tribunais como instituições políticas.

The functionalist approach attributes the judicialization of recent decades to the proliferation in levels of government and the corresponding emergence of a wide variety of semiautonomous administrative and regulatory state agencies (...). According to this approach, independent and active judiciaries armed with judicial review practices are necessary for the efficient monitoring of the ever-expanding administrative state. (...)

The (rights-centered) approach emphasizes the prevalence of rights discourse or the greater awareness of rights issues, which is both reflective of and contributing to what may be termed judicialization from below. (...)

(...) A third approach emphasizes institutional features that are, *ceteris paribus*, hospitable to judicialization. At a bare minimum, the judicialization of politics requires acceptance of the rule of law, some level of legitimacy of the legal system,

and a relatively independent and well-respected apex court armed with some form of judicial-review power. (...)

The fourth perspective holds that the courts and judges are the main driving force behind the expansion of judicial power. This court-centric approach is often advanced by scholars of supranational judicial organs (...). It is shared by constitutional theorists who often treat unelected justices as seizing power from elected officials, thereby illustrating the so-called counter majoritarian difficulty, or the tension between democratic governing principles and judicial review. (HIRSCHL, 2008, p. 95-7).

O autor considera que houve três condições políticas que motivaram a ampliação da judicialização nos processos decisórios. Primeiro, a ampliação no âmbito da jurisprudência referente à determinação das políticas públicas (revisões administrativas, redefinição das fronteiras burocráticas entre órgãos estaduais e a jurisprudência sobre direitos). Segundo, a proliferação de agências administrativas no Estado Moderno, que propiciou a expansão do escopo da fiscalização por parte dos tribunais judiciais. E terceiro, o estabelecimento de confiança em Tribunais para tratar questões atinentes a definições e limitações do bem público, *i.é.* dilemas de Mega-Política. O resultado advindo desse processo foi a transformação das Cortes Supremas em todo o mundo em parte essencial ao processo de *policy making* dos países.

A partir de alguns casos ilustrativos (em que os tribunais foram convocados ao processo decisório, por exemplo, sobre determinação do futuro de líderes proeminentes; resultados eleitorais; política fiscal, comércio exterior, segurança nacional – prerrogativas centrais do Executivo –, dentre outros.), o autor conclui que os estudos recentes já começaram a identificar as condições concretas que favoreceram o surgimento da judicialização da Mega-Política, marcando uma transição para o que o autor denominou de juristocracia. Todavia, a expansão do controle jurisdicional não pode simplesmente ocorrer isoladamente, haja vista que o cenário político do entorno – lutas políticas, sociais e econômicas – tem importância. Assim como a própria necessidade de se levar em consideração as estratégias dos atores envolvidos nesse processo, ou seja, os determinantes políticos do comportamento e empoderamento judicial em interação com outras esferas políticas.

Em seu turno, Helmke e Rosenbluth (2009), ao refletirem sobre alguns elementos essenciais das democracias modernas, como a independência do Judiciário e o estabelecimento do Estado de Direito, indagam-se se essa relação é necessária e compatível no sentido de compreender se: *i)* o tipo de regime político pode afetar a independência judicial e *ii)* se os tribunais independentes são necessários ao estabelecimento do Estado de Direito. Para tanto, as autoras notaram que nas últimas décadas mais de 80 países transferiram o poder das instituições representativas para o poder Judiciário, visto como um esforço mais amplo para reforçar o bom funcionamento do Estado de Direito nas novas democracias, *ou seja*, esse fenômeno político é visto como um indicador de comprometimento governamental com os direitos individuais e das minorias. No entanto, essa

relação não é tão simples quanto parece, haja vista que nem sempre a equação entre independência judicial e regime democrático resulta em Estado de Direito.

De acordo com as autoras, há dois conjuntos de explicações institucionais que balizam a ascensão de sistemas Judiciários independentes em vários países. Primeiro, o legado histórico baseado na diferença entre países de direito comum (*common law*) e de código civil. Segundo conjunto, diz respeito a modelos delegativos partindo do pressuposto que os legisladores fazem uma escolha deliberada para delegar autoridade judicial aos tribunais devido a uma série de motivações que limitariam o seu poder, ampliando a independência judicial no processo decisório. Nesse ponto, tanto os juízes quanto os políticos comportar-se-ão de maneira estratégica tendo em vista a otimização de suas preferências.

Helmke e Rosenbluth (2009) observaram que há maior independência judicial nos países com separação de poderes (a exemplo dos E.U.A.). Tais países dão ao Judiciário um leque mais amplo de liberdade no tocante às decisões políticas. No entanto, isso varia potencialmente de acordo com a coerência entre as instituições políticas ao longo do tempo. No caso de regimes autoritários, observou-se que dificilmente prosperará a independência judicial devido à própria natureza desse regime: quando os juízes agirem *contra* o governo sua independência será destituída. Nesse ponto, vale destacar que, quando a independência judicial é vista meramente como um mecanismo de *retardamento* a maiorias legislativas, a opinião pública deve desempenhar um papel importante em garantir que os direitos individuais e das minorias sejam respeitos.

Todavia, as autoras concluem que a maioria dos casos analisados pela literatura corrente identifica que em alguns países a democracia, a independência judicial e o Estado de Direito caminham em sintonia, assim como a ideia de que a democracia é necessária à ascensão de um Judiciário independente, mas não é suficiente para garantir um Estado de Direito efetivo. Ademais, vale ressaltar o papel importante da opinião pública como forma de promover o Estado de Direito independentemente da independência judicial.

Foi discutido anteriormente que instituições duradouras e confiáveis, materializadas em constituições duradouras, independência do judiciário e Estado de direito são essenciais para o planejamento em longo prazo, isto é ainda mais verdadeiro em se tratando de atividades econômicas. Os trabalhos de Haggard et al. (2007) e Persson e Tabellini (2004) focam a segurança que instituições fortes e duradouras trazem para o desenvolvimento econômico. Dentro desse limite teórico, Haggard et al. (2007) preocupam-se com a relação entre Estado de Direito e desenvolvimento econômico a partir de um conjunto de instituições complementares à ideia mais ampla de Estado de Direito (O que os autores denominaram de *Rule of law complex*), a saber: efeitos do direito de propriedade sobre os investimentos, efeitos do *enforcement* dos contratos, *Rule of law* como fornecimento de segurança, baixo nível de corrupção, dentre outras instituições.

Quanto aos efeitos de propriedade e dos contratos, os autores ressaltam que os incentivos têm papel fundamental nessa conexão com o desenvolvimento econômico.

Outro princípio básico do Estado de Direito é a questão da segurança, todavia, não faz sentido falar em *enforced* do direito de propriedade e dos contratos se os atores envolvidos nesse processo vivem sob a insegurança. Nesse sentido, o Estado de Direito deve garantir segurança aos seus cidadãos mesmo em face a ambientes de instabilidade civil e econômica. Haggard et al. (2007, p. 210) ressaltam que a partir dessa garantia, é possível pensar em “building a credible and neutral Police force; developing public prosecutors and defenders; reforming the criminal code; ensuring the competence as well as independence of judges; and guaranteeing the integrity of the penal system”.

Quanto à questão da corrupção, levando em consideração que no Estado de Direito a neutralidade processual é pressuposto básico à própria ideia de governança, os autores ressaltam que no momento em que os indivíduos não são tratados com isonomia pelo sistema jurídico, os Tribunais deixam de ser instituições credíveis para a resolução de conflitos. Nesse âmbito, notou-se que mesmo quando os direitos de propriedade são garantidos, a captura privada pode corromper (ineficiência) a alocação dos recursos.

Contudo, os autores concluem essa discussão assinalando que, para a existência de desenvolvimento econômico *vis-à-vis* um Estado de Direito efetivo, é necessário não somente seguir as regras, mas buscar otimizar essa *Rule of law complex*, que inclui uma série de instituições complementares e barganhas políticas. Nesse limite, os autores sugerem que alternativas informais poderiam resolver (mesmo de que forma subótima) os problemas referentes às garantias dos contratos e corrupção, gerando melhores resultados por meio da criação de mecanismos de sanção, capacidade de promover informações sobre transgressões e dependência dos comerciantes na reputação.

Persson e Tabellini (2004) seguem nessa linha teórica, partindo do pressuposto que as reformas constitucionais podem afetar a política econômica e o desempenho. Nesse sentido, os autores buscam problematizar, por meio de pesquisas teóricas e empíricas, sobre como elementos constitucionais (em uma seleção sistemática que caracterizam as Constituições democráticas), regras eleitorais (magnitude do distrito, fórmulas eleitorais e estrutura de votação) e formas de governo (regime presidencialista e regime parlamentarista) afetam o *policy making* econômico.

Em suma, os achados evidenciados pelos autores assinalam que algumas regras constitucionais parecem dar forma às políticas econômicas, Todavia, esta é uma questão difícil de afirmar, haja vista o padrão complexo e pouco explorado ao longo dessa interação. No tocante às regras eleitorais, notou-se que tanto as regras proporcionais quanto as majoritárias não apresentaram correlação significativa com desempenho econômico. Quanto às formas de governo, verificou-se

que o regime Parlamentarista apresentou índices de ampla proteção dos direitos de propriedade e ampliação das fronteiras ao comércio exterior (melhores desempenhos econômicos). Por outro lado, o regime Presidencialista apresentou índices prejudiciais ao desempenho econômico, porém os autores ressaltam que o problema pode estar na própria natureza desse regime, *i. é.* na combinação de um Executivo forte face a um fraco ambiente institucional.

Continuando nesse debate sobre as implicações sócio-econômicas da existência de um Judiciário independente nas democracias contemporânea, Cameron (2002) busca responder duas grandes questões, são elas: *i)* tem sentido falar em independência judicial? *ii)* qual a finalidade de ter um judiciário independente? O autor ressalta que ambas as considerações merecem um refinamento analítico devido à própria dificuldade em definir conceitual e empiricamente a conexão entre os efeitos de um Judiciário independente para o desempenho democrático. Para responder a primeira questão, o autor se baseará na tradição de *power analysis* (essa perspectiva analítica define o poder a partir da relação causal entre preferências e resultados) equiparando independência judicial à autonomia judicial; por outra via, a segunda questão será respondida utilizando os preceitos da economia política moderna, como crescimento econômico e garantias eficazes às propriedades e aos contratos. O autor conclui que os dados disponíveis não permitiram fazer investigações sistemáticas sobre a conexão entre independência judicial e estabilidade da democracia, assim como não é claro se independência judicial é suficiente para garantir as liberdades civis, *Rule of law* e desenvolvimento econômico.

Perez-Linã e Castagnola (2009) buscam compreender como os presidentes conseguem manipular a composição dos Tribunais, fazendo um contraponto entre regimes democráticos e autoritários em onze países da América Latina no período de 1904 a 2006. Foi observado que, sob certas condições políticas, os Tribunais foram remodelados pelos presidentes. Alguns sistemas políticos passaram por grandes ondas de rotatividade judicial ao longo do corte longitudinal analisado; os casos extremos foram El Salvador, com um elevado nível de volatilidade judicial, e Brasil e Uruguai, com baixos níveis de instabilidade judicial. Outro ponto destacado foi a correspondência significativa entre a mudança no poder Executivo (introdução de novos Governos) e as nomeações de novos juízes. Argumenta-se que essa relação é justificada pelo fato que as nomeações são recursos políticos essenciais para ampliar e assegurar a fidelidade partidária entre o Executivo e Judiciário. Em suma, os autores demonstraram que os regimes democráticos não apresentaram níveis significativos de estabilidade judicial, o que é reforçado pela postura enfática dos presidentes civis em influenciar no *design judicial* (vagas e nomeações) das Supremas Cortes. Ou seja, democracia não necessariamente assegura estabilidade e independência do Judiciário. Os autores ressaltam que, simultaneamente ao processo de democratização, em alguns países emergiram iniciativas de maior controle judicial por parte do Executivo.

3.1. Controle constitucional e constitucionalismo

Toda a discussão sobre constitucionalismo travada até este ponto não abordou um aspecto: e quando não houver uma Constituição? Em seu livro “Modelos de Democracia”, Lijphart (2003) identifica dois modelos principais de democracia, o modelo consensual e o modelo majoritário. Uma das características do modelo majoritário é a inexistência de um texto constitucional; o parlamento possui a soberania para decidir sobre todos os temas. Dworkin (2003) analisa o caso da Grã-Bretanha, país símbolo do modelo majoritário de democracia, e que não possui uma constituição, já que o congresso britânico é soberano em suas decisões. O autor argumenta que esta entrega total dos britânicos ao parlamento pode se mostrar nefasta, uma vez que uma carta constitucional traria mecanismos de proteção aos direitos do povo melhores que a simples confiança no parlamento. O autor cita que a adoção da convenção europeia como carta não seria o ideal, mas ainda assim traria ganhos para os cidadãos.

As Constituições podem ser entendidas como regras do jogo a partir de uma série de definições e prescrições quanto à forma de organização e funcionamento dos poderes e da própria vida política democrática (MELO, 1998). Todavia, o debate sobre constitucionalismo vem ocorrendo por meio da compreensão sobre em quais condições as escolhas institucionais delimitam o *design constitucional* adotado por um determinado país. Nesse sentido, um dos pontos-chaves à discussão está na análise da elaboração e revisão constitucional: será que são realmente necessárias?

Waldron (2006) segue a discussão de Dworkin (2003), entretanto focando a revisão judicial da carta de direitos. A revisão judicial seria uma forma possível de evitar abusos que podem ocorrer em democracias majoritárias, blindando os cidadãos da chamada ditadura da maioria. Está intrínseco nesta visão que há maior proteção aos direitos individuais e das minorias por intermédio de uma carta de direitos e da revisão judicial, uma forma de atenuar as repercussões de um sistema democrático majoritário, no qual as minorias praticamente não possuem força ou voz no governo. A revisão judicial deveria ser executada pela suprema corte, e não pelo parlamento, como forma de criar um mecanismo de contrapeso à soberania parlamentar.

Muito se falou até agora da necessidade de Constituições duradouras, judiciário independente, Estado de Direito e outras instituições que favorecem a vida democrática. Entretanto, como fazer com que processos constitucionais produzam um arranjo institucional que sirva formalmente ao constitucionalismo? É esta pergunta que os autores Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2010) procuram responder em seu trabalho, que aborda 18 países da América Latina de 1946 a 2005; a base de dados inclui 43 constituições e 29 alterações ou emendas a instituições adjudicatórias. O primeiro passo dos autores é o de conceituar constitucionalismo e distinguir suas duas formas, antiga e moderna:

Constitutionalism can be broadly defined as “a method for organizing government that depends on, and adheres to, a set of fundamental guiding principles and laws”. Both ancient constitutionalism as systematized by Aristotle and Polybius and modern constitutionalism established institutional criteria that identify “constitutional governments” and contrast them with “extreme” or “despotic” ones. While ancient constitutionalism and modern constitutionalism have important differences, they share the aim of non-arbitrary government and the belief that the concentration of political power, either in a social class or in a governmental branch, leads to such a government. In particular, to preclude arbitrariness, institutions that block the accumulation of power, thus preventing that power from being used to multiply itself, are considered necessary. The presence of this type of institution is identified in this article as a minimal core shared by the codified constitutions that formally serve constitutionalism (POZAS-LOYO e RÍOS-FIGUEROA, 2010, p. 294).

A composição do corpo constituinte pode se dar de duas formas: unilateralmente, quando um grupo político organizado e coeso controla as agências necessárias para emendar ou criar a constituição; e multilateralmente, quando dois ou mais grupos políticos diferentes controlam tais agências. Espera-se que processos multilaterais de elaboração constitucional estabeleçam arranjos institucionais consistentes com o constitucionalismo. As variáveis dependentes selecionadas pelos autores são a efetivação de dispositivos constitucionais que auxiliem no estabelecimento de um judiciário qualificado, capaz e independente. Tais dispositivos são materializados em instituições, são elas: adjudicação constitucional, conselhos judiciais e órgãos procuradores. Para corroborar esta hipótese, Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2010) executam um cruzamento de informações com os dados oriundos dos 72 processos de elaboração constitucional. Os resultados encontrados a partir dos dados indicam que processos multilaterais de elaboração constitucional são mais propensos a criar instituições que favoreçam o constitucionalismo.

Considerações finais

Neste artigo buscou-se delinear alguns argumentos essenciais à discussão sobre como o ordenamento constitucional afeta o jogo político, ou melhor, o desempenho democrático. Ao longo da literatura discutida, observou-se que a Constituição é compreendida como “lei maior”, que por sua vez define (função) e estrutura (forma) o *modus operandi* do conjunto de leis de um país. Nesse sentido, denota-se a importância de compreender as possíveis implicações no âmbito social, político e econômico, advindas do grau de longevidade constitucional, da judicialização da política e da independência judicial. As análises feitas pelos estudiosos do constitucionalismo buscaram responder como o ordenamento constitucional pode ser entendido como mecanismo de *checks and balances* com vistas a assegurar os direitos dos cidadãos.

Quanto à crescente relevância teórica do tema, um dos desafios à frente está no refinamento de algumas questões apontadas pelos autores discutidos como forma de melhor compreender como

essa conexão entre performance democrática e constitucionalismo se desenvolve, assim como ampliar o escopo analítico da agenda de pesquisa em estudos comparativos. Acredita-se que será de suma importância fortalecer os estudos da área, fundamentalmente por meio de estudos de casos envolvendo democracia constitucional e seus efeitos sociais, econômicos e políticos.

Este artigo buscou abordar esta temática através de um sobrevoo teórico, trazendo para a discussão aspectos e conceitos fundamentais para a compreensão da teoria democrática contemporânea. Passo seguinte, e imprescindível, deve consistir na análise das implicações da democracia constitucional brasileira.

Referências

- BAIRD, Vanessa A.; JAVELINE, Debra (2010). The Effects of National and Local Funding on Judicial Performance Perceptions of Russia's Lawyers. **Law & Society Review**, 44 (2): 331-64.
- BIGLAISER, Glen; STAATS, Joseph L. (2012), Finding the "Democratic Advantage" in Sovereign Bond Ratings: The Importance of Strong Courts, Property Rights Protection, and the Rule of Law. **International Organization**, 66 (3): 515-35.
- CAMERON, Charles (2002). Judicial independence: how can you tell it when you see it? And who cares? In BURBANK, S e FRIEDMAN, B (eds). **Judicial independence at the crossroads: an interdisciplinary approach**. London: Sage, 138-40.
- COUTO, Cláudio G. (2005). Constituição, competição e políticas públicas. **Lua Nova**, 65: 95-135.
- DWORKIN, Ronald (2003). A bill of rights for Britain. In DAHL, R. et al. (eds.). **The democracy sourcebook**. Cambridge: The MIT Press, 217-20.
- ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. (2009). **The endurance of constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press.
- HAGGARD, S. et al. (2007). The Rule of Law and economic development. **Annual Review of Political Science**, 11: 205-34.
- HARDIN, Russel (1989). Why a constitution? In GROFFMAN e WHITTMAN, D. (eds.). **The federalist papers and the new institutionalism**. New York: Agathon Press, 100-120.
- HELMKE, Gretchen; ROSENBLUTH, Frances (2009). Regimes and the rule of law: Judicial Independence in comparative perspective. **Annual Review of Political Science**, 12: 345-66.
- HIRSCHL, Ran (2008). The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. **Annual Review of Political Science**, 11: 93-118.
- LIJPHART, Arend (2003). **Modelos de Democracia: Desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- MELO, Marcus A. (1998). Constitucionalismo e Ação Racional. **Lua Nova**, 44: 55-79.
- PEREZ-LIÑÁN, Anibal; CASTAGNOLA, Andrea (2009). Presidential control of high courts in Latin America: A long-term view (1904-2006). **Journal of Politics in Latin America**, 1 (2): 87-114.
- PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido (2004). Constitutions and economic policy. **The Journal of Economic Perspectives**, 18 (1): 75-98.

POZAS-LOYO, Andrea: RÍOS-FIGUEROA, J. (2010). Enacting constitutionalism: The origins of independent judicial institutions in Latin America. **Comparative Politics**, 42 (3): 293-11.

SKAANING, Svend-Erik (2010). Measuring the Rule of Law. **Political Research Quarterly**, 63 (2): 449-60.

WALDRON, Jeremy.(2003). A right-based critique of constitutional rights. *In* DAHL, R. et al. (eds.). **The democracy sourcebook**. Cambridge: The MIT Press, 221-31.

_____. (2006). The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, 115: 1347- 406.